

La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français

Marc Billiau

Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043848ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043848ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Billiau, M. (2005). La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 445–461. <https://doi.org/10.7202/043848ar>

Résumé de l'article

Dans les deux grandes familles de codifications, c'est-à-dire, d'une part, la codification administrative et, d'autre part, la codification normative, la doctrine ne joue aucun rôle dans l'élaboration de la première, alors que son influence est décisive dans la seconde. Il peut même être affirmé que l'une des conditions d'édiction d'une telle codification est l'existence d'une doctrine suffisante. Les projets de code civil européen ou de code européen des obligations ne pourront ainsi se concrétiser qu'après l'élaboration d'une doctrine suffisante, qui est en cours. La doctrine joue aussi un rôle après l'entrée en vigueur des codes, quelles que soient leurs natures, mais, dans un premier temps, son rôle n'est pas très différent de celui qu'elle assume lorsqu'elle examine des règles non codifiées ; elle interprète. Les règles contenues dans les codes changeant cependant avec le temps, la doctrine cherche à maintenir la cohérence de l'ensemble, sauf à redevenir, dans un second temps, une force de proposition dont les travaux sont de nature à convaincre le pouvoir normatif de la nécessité ou de l'utilité de procéder à une recodification. La codification apparaît en définitive indissociable de la doctrine, même si les représentants de celle-ci n'en ont pas nécessairement conscience.

La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français

Marc BILLIAU*

Dans les deux grandes familles de codifications, c'est-à-dire, d'une part, la codification administrative et, d'autre part, la codification normative, la doctrine ne joue aucun rôle dans l'élaboration de la première, alors que son influence est décisive dans la seconde. Il peut même être affirmé que l'une des conditions d'édiction d'une telle codification est l'existence d'une doctrine suffisante. Les projets de code civil européen ou de code européen des obligations ne pourront ainsi se concrétiser qu'après l'élaboration d'une doctrine suffisante, qui est en cours. La doctrine joue aussi un rôle après l'entrée en vigueur des codes, quelles que soient leurs natures, mais, dans un premier temps, son rôle n'est pas très différent de celui qu'elle assume lorsqu'elle examine des règles non codifiées; elle interprète. Les règles contenues dans les codes changeant cependant avec le temps, la doctrine cherche à maintenir la cohérence de l'ensemble, sauf à redevenir, dans un second temps, une force de proposition dont les travaux sont de nature à convaincre le pouvoir normatif de la nécessité ou de l'utilité de procéder à une recodification. La codification apparaît en définitive indissociable de la doctrine, même si les représentants de celle-ci n'en ont pas nécessairement conscience.

In the two large families of codifications, namely administrative codification and normative codification, doctrines of law do not play any role in the development of the former, while their influence is decisive in the latter. It may even be asserted that one of the conditions of enacting such

* Professeur, Université de Paris XII Val-de-Marne.

a codification is the existence of an adequate doctrinal basis. As such, the projects for a European Civil Code or a European Code of Obligations may only materialize once adequate doctrine has been developed, which is currently underway. The systematic formulations of doctrine also play an important role once the codes are in force, of whatever nature they may be; yet initially the role of doctrine is not much different from the one it assumes when examining non-codified rules: it interprets. In time, the rules in codes evolve while doctrine attempts to ensure overall consistency; then further on in time, the workings of doctrine serve as a driving force to convince the normative power of the need or utility for proceeding with re-codification. It may be concluded then that codification after all seems to be inseparable from doctrine, even if the authors of doctrine are not necessarily aware of this dynamic tandem in evolution.

	<i>Pages</i>
1 Le rôle de la doctrine dans la genèse des codes	448
1.1 Inspiratrice: l'exemple du Code civil français Napoléonien	449
1.2 Sollicitée: l'exemple de l'élaboration d'un code européen, civil ou des contrats.....	452
2 Le rôle de la doctrine dans la vie des codes	457
2.1 Le regard exégétique.....	458
2.2 Le regard prospectif	460

Partant de la proposition simple, et généralement admise, selon laquelle la doctrine est l'ensemble des opinions et des idées émises par les juristes-consultes dans leurs ouvrages¹, et que les codes sont des recueils officiels²

-
1. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1911, n^o 52; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1994, n^{os} 573 et suiv.; voir sur «la doctrine», la seule monographie exhaustive publiée à ce jour en France: Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, coll. «Méthode du droit», Paris, Dalloz, 2004.
 2. Des normes peuvent être regroupées dans un recueil unique par une initiative privée, ce qui fut le cas en France pendant de nombreuses années pour le *Code de commerce* par les éditions Dalloz, sans pour autant constituer un code (à l'exception de la partie

raisonnés composés de plusieurs ensembles de normes, le thème proposé — « La doctrine et les Codes » — invite alors à s'interroger sur le rôle de la doctrine dans la codification.

Encore faut-il déterminer préalablement ce à quoi correspond la codification dont le processus débouche sur l'introduction en droit positif d'un ou de plusieurs codes, qui en sont les produits temporairement « finis ».

Selon un auteur, « l'idée fédératrice [de toute codification] demeure incontestablement celle de rationalisation des règles de droit »³ ; néanmoins, les finalités politiques poursuivies ne sont pas toutes semblables. En effet, la décision de codifier, ou de ne pas codifier d'ailleurs, est susceptible de traduire des aspirations diverses⁴.

En premier lieu, il peut s'agir de substituer plus ou moins profondément un corps de règles à des règles antérieures disparates. Par exemple, en France, le Code civil, désigné sous l'expression « Code Napoléon », promulgué le 25 ventôse an XII (21 mars 1804), répondait au vœu d'unification du droit civil⁵. Il s'agissait de substituer à un droit éclaté et régional, un droit uniforme applicable à l'ensemble des Français, quels que soient leur origine sociale, leur naissance et leur lieu de résidence. La codification réalise l'unification du droit sur un territoire donné.

En second lieu, il peut s'agir seulement de mettre en ordre un ensemble de dispositions ayant le même objet, sans pour autant les modifier de manière substantielle. L'empilement de lois successives rendant la matière peu accessible, la codification paraît être une mesure de simplification adéquate, même si elle présente l'inconvénient majeur, trop rarement souligné, de faire perdre tout repère historique aux jeunes générations de juristes. La fièvre codificatrice française de ces dernières années s'inscrit dans cette

inchangée, mais devenue squelettique, du Code officiel de 1807, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808), car seule une autorité normative peut édicter un code. Dans son intervention d'ouverture (publiée dans le présent numéro), M. Vanderlinden a néanmoins retenu que le caractère officiel d'une compilation n'était pas une condition de l'existence même d'un code. Il suffirait, indépendamment de toute promulgation, que le code soit appliqué. L'observation n'est pas inexacte, mais un code de cette nature apparaît alors comme étant par essence « coutumier », ce qui, en réalité, renvoie à la question des sources du droit. En revanche, toujours au cours de son intervention, M. Vanderlinden a montré que l'emploi du mot « code » était indifférent. Seul le contenu compte. Les ordonnances de Louis XIV constituaient ainsi de véritables codes par leur structure et leur contenu. Il suffit – il est vrai – de se reporter à l'ordonnance de procédure donnée à Saint-Germain-en-Laye au mois d'avril 1667 pour en être convaincu.

3. R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 136.

4. B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998.

5. Sur la difficulté qu'il y eut de parvenir à l'adoption de ce code, voir J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 1, n^{os} 138 et suiv.

perspective. Aussi la codification est-elle compilation. Par exemple, l'article 1^{er} de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999, portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes, prescrit que «les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit». On parle de codification à droit constant ; elle est administrative.

Ce même mouvement se dessine aussi en droit communautaire. Comme l'écrivait Bruno Oppetit, «la codification désormais envisagée est une codification constitutive ou officielle, consistant à arrêter un nouvel acte législatif communautaire et à abroger tous les textes qui font l'objet de la codification sans introduire de changement de fond»⁶.

On pressent que le rôle de la doctrine ne sera pas le même selon le type de codification envisagé. Quel besoin les pouvoirs publics auraient-ils de s'inspirer de la doctrine ou de s'y référer lorsqu'il s'agit de compiler, titrer et numéroter des phrases, déjà pourvues au demeurant d'un tel mode d'identification ? En revanche, lorsqu'il s'agit d'élaborer de nouvelles normes ou de faire la synthèse de dispositions voisines ou complémentaires, la doctrine apparaît naturellement, *a minima*, comme une source d'inspiration du pouvoir politique ; celui-ci peut d'ailleurs aussi la provoquer.

Limiter l'étude du rôle de la doctrine à ce seul aspect, même fort riche, ne rendrait cependant pas complètement compte de l'étendue de son influence. Il faut, en effet, tenir compte de ce que la promulgation d'un code, quelle que soit sa nature, sera nécessairement l'objet de l'attention de la doctrine qui sera naturellement conduite à le commenter, dans ses dispositions particulières, mais aussi dans son ensemble.

Il résulte de ces quelques observations que la doctrine va jouer un rôle dans la genèse des codes et au cours de leurs vies, qu'il faut essayer de mesurer.

1 Le rôle de la doctrine dans la genèse des codes

Lorsque la codification est administrative, la doctrine n'intervient que fort peu, ce qui n'interdit pas à ses représentants d'exprimer certaines critiques... et le faire savoir en stigmatisant le procédé⁷. La question devient

6. B. OPPETIT, *op. cit.*, note 4, p. 16.

7. Voir, par exemple, C. LECOMTE, «De la difficulté de codifier», (2003) 227 *Petites Affiches* 4 (13 novembre 2003).

alors : codifier, c'est-à-dire compiler, ou ne pas codifier, c'est-à-dire ne pas compiler ? La réponse politique française contemporaine est claire : codifier, toujours codifier, encore codifier. L'influence de la doctrine étant limitée à l'appréciation du choix politique, elle se trouve donc réduite à peu de chose. En revanche, le rôle joué par la doctrine s'avère fort riche lorsqu'il est question d'élaboration de codes que l'on peut qualifier de « normatifs », c'est-à-dire de ceux qui entraînent un bouleversement de l'état du droit pour au moins une partie des assujettis.

Le rôle de la doctrine dans la genèse de ces codes est spécialement révélé par deux exemples dont le premier appartient désormais à l'histoire : le Code civil français. Ses rédacteurs⁸, qui ne faisaient pas partie à proprement parler de la doctrine, se sont inspirés des travaux de quelques auteurs, aujourd'hui célèbres. Le second exemple est tiré de l'actualité de la construction de l'espace juridique européen. La doctrine n'agit plus exclusivement de sa propre initiative ; elle est aussi sollicitée par le législateur communautaire afin de l'éclairer par ses propositions⁹.

1.1 Inspiratrice : l'exemple du Code civil français Napoléonien

Le Code civil français n'est pas une compilation, voire une anthologie des meilleurs textes à l'image de l'œuvre de Justinien. Philippe Jestaz et Christophe Jamin ont ainsi pu écrire que « le code civil rompt avec le passé et par conséquent ne le résume pas, même s'il n'est pas sorti tout armé, loin s'en faut, du cerveau de ses rédacteurs. Ce que le Code synthétise, c'est deux siècles et demi d'efforts accomplis par les juristes « de droit français » à partir des coutumes et du droit romain »¹⁰. Néanmoins, le Code civil fut l'œuvre de praticiens ; la doctrine connaissant une éclipse à la fin de l'ancien droit jusqu'en 1804. Si les docteurs y ont contribué, ce

8. Il est à peine besoin de rappeler qu'il s'agissait de Tronchet (1726-1806), ancien avocat au Parlement de Paris et défenseur de Louis XVI, de Bigot de Préameneu (1747-1825), également ancien avocat au Parlement de Paris, de Portalis (1746-1807), ancien avocat au Parlement d'Aix, et de Maleville (1741-1824), ancien avocat au Parlement de Bordeaux.

9. Il y a naturellement des nuances à apporter, car les pouvoirs publics peuvent solliciter la doctrine, sans pour autant envisager dans l'immédiat une codification ; mais les travaux ainsi réalisés peuvent servir, au moins pour partie, de base par la suite à la codification. On sait, par exemple, que Domat a été pensionné par Louis XIV pour rédiger ses *Loix civiles*. La royauté n'a cependant pas récolté les fruits de ce travail qui ont été mêlés à ceux de Pothier et d'autres qui ont agi de leur seule initiative. L'exposé qui suit tient seulement compte de ce que, dans certains cas, l'élément prépondérant réside dans l'initiative privée, tandis que, dans d'autres, l'élément prédominant est constitué par l'initiative publique.

10. Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, note 1, p. 67.

n'est, selon l'expression empruntée aux auteurs ci-dessus cités, « qu'à titre posthume ¹¹ ». Leur influence n'en fut pourtant pas moins considérable dans les matières qui n'avaient pas été emportées par la tourmente révolutionnaire, c'est-à-dire spécialement le droit des obligations.

Encore faut-il préciser que tous les auteurs de l'ancien droit n'ont pas été appelés à la confection intellectuelle de l'œuvre Napoléonienne. Ceux qui en furent exclus étaient, pour ce que l'on en sait, ceux dont les travaux étaient cantonnés à l'étude des coutumes locales. Ils sont d'ailleurs tombés dans l'oubli pour la plupart. Qui se souvient, par exemple, des *Observations, questions et réponses sur aucuns articles de la coutume d'Anjou*, par Gabriel du Pineau, conseiller du Roy, juge magistrat au siège presidial d'Angers, Maître des requestes de l'Hostel de la Reyne Marie de Médicis ? L'ouvrage publié en 1646, à Angers, par Pierre Avril, comporte pourtant d'intéressants développements en droit des contrats dont la portée excédait la coutume.

Les auteurs qui furent élus étaient, en revanche, ceux qui eurent une démarche transcendant les particularismes locaux. On dirait sans doute aujourd'hui qu'ils étaient animés d'un esprit de système, condition nécessaire à la réalisation de l'unité de législation dans l'ancien Royaume de France, devenu République¹², avant d'être Empire¹³. Ils n'embrassèrent certes pas tous la totalité du droit civil, mais tous surent s'élever dans les matières qu'ils abordaient pour en tirer des principes susceptibles d'universalité. Par exemple, dans son célèbre *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dixmes*, Dunod de Charnage donne d'emblée une définition de la prescription : elle « est un moyen d'acquérir le domaine des choses, en les possédant comme propriétaire, pendant le temps que la loi détermine à cet effet ; & de s'affranchir des droits incorporels, des actions & des obligations, lorsque celui à qui ils appartiennent, néglige pendant un certain temps de s'en servir & de les exercer »¹⁴. Les rédacteurs du Code ne la recopieront pas telle quelle, puisqu'ils la simplifièrent en définissant la prescription dans l'article 2219 du Code civil comme « un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ». Le lien de filiation est pourtant évident, spécialement si l'on tient compte de ce que dans l'exposé des motifs de la loi relative à la prescription fait devant le Corps législatif, dans sa séance

11. *Id.*, p. 69.

12. Cela a eu lieu le 21 septembre 1792.

13. Cela a eu lieu le 18 mai 1804.

14. D. DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'église, et des dixmes*, 3^e éd., 1744, Paris, Briasson (librairie, rue S. Jacques, à la Science), 1744.

du 17 ventôse an XII, Bigot de Préameneu discutait de la légitimité de la prescription en plaignant presque Dunod de Charnage.

L'éminent conseiller d'État clamait qu'«à la seule idée de prescription il semble que l'équité doive s'alarmer; il semble qu'elle doive repousser celui qui par le seul fait de la possession, et sans le consentement du propriétaire, prétend se mettre à sa place, ou qu'elle doive condamner celui qui, appelé à remplir son engagement d'une date plus ou moins reculée, ne présente aucune preuve de sa libération. Peut-on opposer la prescription et ne point paraître dans le premier cas un spoliateur, et dans le second, un débiteur de mauvaise foi qui s'enrichit de la perte de son créancier?» Dunod de Charnage avait écrit que la prescription «paroît d'abord opposée au droit des gens, suivant lequel le domaine ne se transfère, que par la tradition que fait le propriétaire, d'une même chose dont il a la liberté de disposer. Elle semble même répugner à l'équité naturelle, qui ne permet pas que l'on dépouille quelqu'un de son bien, malgré lui & à son insu, & que l'un s'enrichisse de la perte de l'autre.»

On se demandera pourquoi évoquer ici Dunod de Charnage, alors que tous les ouvrages, du plus modeste au plus savant, citent immédiatement Domat (Jean)¹⁵ et Pothier (Robert Joseph)¹⁶ comme les pères du Code civil. C'est qu'il est manifestement réducteur de présenter l'influence de la doctrine de l'ancien droit sur la rédaction du Code civil comme se résumant à seulement deux auteurs dont le second était au demeurant dépourvu de génie¹⁷. Il est vrai que l'esprit humain s'accommode mal de la diversité et des nuances; il a besoin de repères simples, facilement mémorisables et peu nombreux, ce qui voue à l'oubli quantité d'hommes et d'évènements.

Il n'est bien évidemment pas question de chercher à tirer de l'oubli tous les docteurs de l'ancien droit et à procéder à des investigations pour déterminer la part qui revient à chacun dans la confection du Code Napoléon; une vie n'y suffirait certainement pas¹⁸. Le but est seulement de souligner que la doctrine de l'ancien droit sur laquelle les rédacteurs du Code se sont fondés était bien plus diversifiée et riche que ne le laisse entendre la seule référence à deux auteurs. Un immense jurisconsulte mériterait cependant d'être tiré des limbes de l'histoire, Antoine D'Espeisses (1594

15. Jean Domat: 1625 (Clermont-Ferrand) – 14 mars 1696 (Paris).

16. Robert Joseph Pothier: 9 janvier 1699 (Orléans) – 2 mars 1772 (Orléans).

17. Voir la notice sur la vie et les ouvrages de Pothier par M. Saint-Albin. Bervielle, avocat à la Cour royale de Paris, dans R.J. POTHIER, *Œuvres complètes*, Paris, chez Thomine et Fortic, 1821, 26 vol.

18. Voir cependant, en matière de preuve, DANTY, *Traité de la preuve par témoins en matière civile (sur l'art. 54 ord. Moulins)*, 3^e éd., Paris, Montalant, 1727.

[Alès] — 1658 [Montpellier]) qui a laissé une œuvre aussi importante que celle de *Domat*, en quatre tomes dont un *Traité des contracts*¹⁹.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la doctrine a marqué de son empreinte l'élaboration du Code civil français de 1804. Cette empreinte fut si puissante que, lors de la réédition des œuvres de Pothier en 1821, une table de concordance de celles-ci avec le Code civil était insérée dans le dernier volume... Le commentaire du Code était déjà fait par la doctrine qui l'avait engendré.

Le processus d'élaboration du Code civil français révèle ainsi le rôle central joué par les docteurs français dans la confection de deux de ses livres (2^e et 3^e). De là à dire que le Code civil est essentiellement doctrinal, quoique non rédigé par des représentants de celle-ci, il n'y a qu'un pas à franchir. De là à généraliser et prétendre que tout code est avant tout doctrinal, il y a peut-être moins d'un pas à accomplir²⁰; mais n'est-ce pas alors faire montre d'égocentrisme, puisqu'une proposition de cette nature reviendrait à soutenir que l'existence d'une doctrine serait la condition *sine qua non* de toute codification? Un élément de réponse peut être recherché dans le processus actuel de réflexion sur l'élaboration d'un code européen des contrats.

1.2 Sollicitée : l'exemple de l'élaboration d'un code européen, civil ou des contrats

Les frontières politique et économique de l'Europe sont encore bien incertaines; elles devraient bientôt être celles résultant de la réunion de pas moins de 25 États, plus un²¹, mais de nombreuses différences subsistent, ne serait-ce que parce que, économiquement, cette collection d'États se divise déjà en deux zones selon que l'euro y a cours ou non. Cela dit, le rapprochement des législations des États membres est depuis l'origine une préoccupation commune: il a toujours été entendu que la construction de l'Europe se ferait par l'unité du droit, supposant permettre ainsi la réalisa-

19. Une édition a été publiée à Lyon: A. D'ESPEISSES, *Les œuvres de M. Antoine D'Espeisses*, Lyon, Anisson & Posuel, 1706. Nous n'avons pu découvrir la date de la première édition. Le plan du *Traité des contracts* présente de nombreuses similitudes avec celui retenu par Domat dans ses *Loix civiles dans leur ordre naturel*.

20. L'exemple du Code civil n'est pas isolé en France. En effet, le nouveau *Code de procédure civile* a pour père intellectuel le regretté professeur Henri Motulsky et pour rédacteur le doyen Gérard Cornu. La Commission de réforme du *Code de procédure civile* fut instituée en 1969 et présidée par M. Jean Foyer. Le Code a vu le jour par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Voir G. CORNU, «L'élaboration du Code de procédure civile», dans B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 71 et suiv.

21. Tel a été le sort réservé à la demande d'adhésion de la Turquie.

tion des échanges de biens et de services à l'intérieur de cet espace unique où les règles du jeu seraient les mêmes pour tous.

Néanmoins, dans un premier temps, il ne pouvait être évidemment question de substituer à la législation propre à chaque État membre une législation commune complète, inexistante et qu'il fallait élaborer au moyen de négociations, parfois délicates, d'État à État. Aussi l'unification fut-elle d'abord ponctuelle et réalisée au moyen de règlements et de directives²². L'harmonisation se fit « à petits pas ». Très sommairement, les techniques employées étaient et sont encore actuellement les suivantes : chaque règlement ponctuel se superpose aussitôt à la législation nationale correspondante dans son domaine et la directive transposée conduit à la modification de la norme interne correspondante, incluse ou non dans un code. Il n'est pas encore question de codification, c'est-à-dire d'un recueil unique élaboré au niveau communautaire qui se substituerait à un ou plusieurs pans de chaque droit national.

Action ponctuelle, quoique répétée à un rythme croissant²³, l'unification par voie de règlement ou de directive pouvait être l'œuvre « d'eurocrates », plus ou moins éclairés de la science du droit, un peu à la manière des parlementaires nationaux ou des directeurs de cabinets ministériels nationaux.

Il s'agit maintenant pour les autorités d'aller plus loin dans la construction européenne. La Commission européenne a ainsi lancé en juillet 2001 une consultation publique sur le droit européen des contrats²⁴. Le Parlement européen avait déjà manifesté sa faveur pour un code civil européen²⁵. La Commission a de nouveau adopté une communication le 12 février 2003 intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action »²⁶. La doctrine est ainsi expressément invitée à formuler

22. Voir, pour une présentation synthétique, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002, n^{os} 670 et suiv.

23. L'inflation des normes communautaires est elle-même devenue un fléau. On dénombre plus de 20 000 règlements.

24. JOCE 13 sept. 2001, C 255/I. Voir Ph. MALINVAUD, *Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats*, D. 2002, chron., p. 2452.

25. *Résolution du Parlement européen du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres*, JOCE C 158-400 ; *Résolution du Parlement européen du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des États membres*, JOCE C 205-518. Voir Z. PLETINCKX, « Un Code civil européen, mythe ou réalité », J. trib. (Bruxelles), 2004, p. 242.

26. Voir B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission*, D. 2003, chron., p. 1171.

ses propositions et avis, bref à participer activement à l'élaboration d'un code européen des contrats et, pourquoi pas, à un code civil européen²⁷, un «eurocode» civil. Cette sollicitation paraît *a priori* assez surprenante de la part des autorités de Bruxelles, plus habituées à imposer leurs points de vue. Elle s'explique pourtant assez bien.

À la différence de la situation qui était celle du Royaume de France à la veille de la Révolution dans lequel l'unification du droit pouvait se nourrir des vestiges du droit romain et véhiculé par une langue unique, l'Europe d'aujourd'hui n'a pas encore constitué de réel fonds commun, véhiculé par une langue commune²⁸, même si — et on peut le déplorer — l'anglais tend à s'imposer; si tout un chacun connaît l'opposition entre le système anglais de common law et le système continental de droit écrit²⁹, il faut aussi souligner que d'importantes différences existent entre systèmes continentaux entre eux. À titre de simple exemple, les droits civils français et belges condamnent la théorie de la révision des contrats pour imprévision, tandis que les autres pays l'admettent³⁰. Même s'il n'est pas possible d'énumérer les principales oppositions, il est certain que les divergences de fond sont nombreuses, mais il existe aussi des points de convergence.

En outre, la connaissance réciproque des différents droits nationaux est loin d'être acquise. Dans un article intitulé «Faut-il un Code civil européen?»³¹, Bénédicte Fauvarque-Cosson observait que «la difficulté viendrait plutôt du fait qu'en Europe, les législateurs, trop éloignés les uns des autres ne sont pas habitués à discuter de leurs concepts juridiques et ne pratiquent guère la comparaison des droits». Il manque ainsi un relais

27. Voir C. NOURISSAT, *Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003)*, D. 2004, p. 1321 et suiv., qui recense les travaux en cours.

28. Le bilinguisme d'une communauté n'est cependant pas un obstacle rédhibitoire à la codification. En effet, les travaux du colloque ont mis en évidence que le processus d'élaboration du *Code civil du Québec* s'était réalisé en français et en anglais. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une difficulté réelle, d'autant plus délicate à surmonter que le nombre de langues est important. Il est presque inutile de rappeler qu'en Europe occidentale coexistent le français, l'anglais, l'allemand, l'italien, l'espagnol, le néerlandais, le polonais, etc., sans compter les revendications linguistiques locales comme, en France, le breton et le corse.

29. Les travaux du colloque ont cependant montré que chaque système pouvait emprunter à l'autre sans pour autant perdre son essence. C'est ainsi que le Code civil québécois contient des mécanismes importés de la common law (en matière de sûretés réelles). Il y a, selon le mot employé lors de certaines conférences, une «hybridation».

30. Voir sur ce point, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 411 et suiv.

31. B. FAUVARQUE-COSSON, «Faut-il un Code civil européen?», (2002) *Rev. trim. dr. civ.* 463 et suiv.

qui ne peut être que la doctrine ; mais s'il existe quelques travaux ayant une ambition communautaire, diversement appréciés³², il n'existe pas à proprement parler de véritable doctrine communautaire. On ne trouve ni de « Domat communautaire », ni de « Pothier communautaire » qui auraient réussi la synthèse des systèmes juridiques des pays membres de la communauté. Il est difficile dans ces conditions de codifier de manière consensuelle un droit civil à l'échelle européenne, c'est-à-dire sans heurter la susceptibilité des politiques et docteurs nationaux³³.

On perçoit alors toute l'importance de la construction préalable à la codification d'une doctrine solide et réellement communautaire³⁴. Claude Witz écrivait ainsi, dans un vibrant « Plaidoyer pour un code européen des

-
32. Voir B. MARKESINIS, « Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre, Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens », (2004) *Rev. trim. dr. civ.* 45, 55, qui écrit, à propos du projet *von Bar* : « Pourquoi de grands systèmes juridiques, solidement ancrés, tels ceux des trois pays ci-dessus (Allemagne, Angleterre et France), abandonneraient-ils leurs règles, leurs traditions et leurs usages au profit d'un compromis conçu par Bruxelles et rédigé pour l'essentiel par un Allemand ? » Le propos est rude, mais le travail du groupe *von Bar* n'est pas la doctrine, il n'est qu'un élément d'une doctrine communautaire qui se cherche.
33. Dans le quotidien français national *Le Figaro* du 12 mars 2004, la journaliste Anne Fulda rapportait les propos du président français Jacques Chirac à l'occasion de l'une des manifestations du bicentenaire du Code civil : « Jacques Chirac a également souhaité « une codification plus méthodique du droit communautaire », en faisant valoir que « ce chantier [est] à bien des égards prioritaire par rapport à l'élaboration d'un Code civil européen, qui ne pourra être conduite que dans le respect de la diversité et de la richesse des différentes traditions nationales » ». Le propos est singulier, car la codification – et le Code Napoléon en est l'illustration – est précisément l'abandon, si ce n'est le rejet, des particularismes locaux. Le président français veut donc bien, à terme, d'un code civil européen, mais à la condition qu'il soit français et pour les Français. Il exprime donc, en réalité, un rejet d'une véritable codification, quoique exprimé en termes « politiquement corrects ». Quelques auteurs français sont franchement hostiles à une codification européenne du droit civil et l'ont fait savoir : voir par exemple, Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos d'un projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, chron., p. 2202. R. CABRILLAC, « L'avenir du Code civil », *JCP.* 2004, I. 121, a montré que l'un des principaux obstacles à la codification européenne résidait aussi dans la structure de l'Europe. Il écrit que « la codification ne précède pas, mais suit ou accompagne les dernières étapes de l'unification des populations dans une structure étatique ». L'absence de doctrine européenne révèle au plan juridique que nous sommes loin d'une unification.
34. La doctrine française semble en avoir pris conscience, ce que de récentes publications révèlent, voir C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, av.-propos J. Mestre, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, et B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2003. Voir les comptes rendus de ces deux ouvrages dans : (2004) *Rev. trim. dr. civ.* 169 par, respectivement, M. LUBY et S. POILLOT PERUZZETTO.

obligations³⁵», que parmi plusieurs voies possibles permettant la confection d'un code européen, la naissance d'une véritable doctrine présentait quelques avantages :

L'une de ces voies serait la constitution d'une authentique communauté européenne de juristes pouvant aisément dialoguer entre eux, dès que leur formation cesse d'être faite au travers des prismes des droits nationaux. Les séjours des étudiants dans des universités étrangères, la confection d'ouvrages de droit privé authentiquement européens, des cours qui cesseraient de se focaliser sur les solutions nationales sont destinés à permettre l'émergence d'une telle communauté. La mise sur pied des opérations contractuelles, la résolution des litiges par des juristes dont l'entendement n'est pas limité par un droit national mais s'étend au droit des différents pays européens seraient grandement facilitées si une telle communauté européenne de juristes voyait le jour. Mais pareille communauté, à l'image de celle qui existait du XIII^e à la fin du XVIII^e siècle autour du *jus commune*, si elle est indispensable pour que les règles puissent s'appliquer de manière uniforme, ne générera pas elle-même un corps de règles uniformes. La seule question est de savoir s'il faut attendre que cette communauté soit constituée avant d'entamer les travaux d'unification ou si les deux entreprises peuvent être menées de pair.

Ces différents éléments permettent d'avancer la proposition selon laquelle le Code civil européen ou le Code civil des obligations européen se fera — s'il se fait — par la doctrine, qui est expressément sollicitée³⁶, mais par une doctrine recueillant l'assentiment du plus grand nombre.

Ce processus de codification européenne est sans doute aussi une opportunité à saisir pour la doctrine française. Celle-ci est empêtrée dans une masse de textes, sans cesse croissante. Sitôt achevé le commentaire d'un texte — ce qui n'est pas toujours utile —, il faut songer à commenter celui qui le modifie et ainsi de suite, sans oublier l'intégration de la jurisprudence dans cet ensemble. L'apport français à l'œuvre communautaire lui impose dès lors un nouvel effort de synthèse (et non de simplification) pour dégager des « principes féconds en conséquence », qui ne se trouvent pas tous au demeurant dans les lois, y compris dans le Code civil³⁷. La réduction de la masse de normes à un corps de règles cohérentes, accessibles et compréhensibles par autrui sera de nature à favoriser l'éclosion de cette doctrine communautaire nécessaire à l'élaboration d'un ou de plusieurs

35. C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron., p. 79 et suiv.

36. Il est à ce titre surprenant de constater avec quelle violence quelques auteurs français combattent l'idée même d'un code européen, ainsi que les travaux de leurs collègues étrangers, alors qu'ils sont eux aussi invités à la confection de l'œuvre commune, dont le principe paraît acquis.

37. Voir, par exemple, pour le principe d'opposabilité du contrat, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, note 30, p. 766 et suiv.

«eurocodes». Dans cette conception, on peut se risquer à pronostiquer que la doctrine communautaire fera vivre dans un premier temps les codes nationaux, pour les États qui en sont pourvus.

Cependant, nul ne saurait dire à quel moment l'Europe pourra se doter d'un code car, ainsi que l'a observé Basil Markesinis³⁸, un code ne voit le jour que lorsqu'il y a une conjugaison d'une volonté politique et d'un moment opportun. Si, aujourd'hui, la volonté politique paraît bien affirmée, le moment n'est sans doute pas encore arrivé, précisément faute d'une doctrine suffisante : « La formule classique reste donc valable : « on ne fait pas à proprement parler les codes, ils se font avec le temps ». Et le jour d'un code civil européen n'est pas encore arrivé. Ainsi, l'abrogation du Code civil français n'est pas encore à l'ordre du jour »³⁹. Sa vitalité, comme celle d'autres codes, dépend alors de l'intérêt que lui porte la doctrine.

2 Le rôle de la doctrine dans la vie des codes

Après l'entrée en vigueur d'un code, la doctrine réagit par des commentaires. À première analyse, la nature de ceux-ci est cependant différente selon le type de codification. Celle normative réalise souvent une rupture, un bouleversement, dans l'ordre juridique. Le commentaire est alors d'ordre « exploratoire ». En France, par exemple, au lendemain de la promulgation du Code Napoléon, l'École de l'exégèse désigne précisément la période de « l'exploration du code », rapidement suivie de dogmatisme⁴⁰. Elle n'est pas encore prospective. Lorsque la codification est administrative, il y a une continuité de la norme positive, si bien que le travail de la doctrine n'est pas interrompu ; il intègre simplement la codification comme une donnée supplémentaire. On peut voir dans celle-ci seulement l'affirmation (quasi doctrinale) de ce qu'une branche du droit accède à l'autonomie, conséquence de sa maturité ou de sa majorité. Réunir l'ensemble des textes traitant des rapports entre professionnels et consommateurs dans un recueil unique donne du poids à l'idée selon laquelle un droit de la consommation serait devenu distinct du droit civil, obéissant à une logique qui lui serait propre⁴¹. Cette codification peut cependant être plus ou moins bien accueillie et, puisqu'un travail d'exégèse des textes a déjà eu lieu, la

38. B. MARKESINIS, *loc. cit.*, note 32.

39. *Id.*, 58.

40. Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, note 1, p. 72 et suiv.

41. Curieusement, la codification n'est plus synonyme d'unité, car une multiplication excessive des codes conduit à l'éparpillement de règles d'inspiration commune ou à l'implantation de règles dans des domaines trop éloignés pour y voir une cohérence d'ensemble. Il existe en France, en 2004, environ 70 codes !

doctrine peut alors porter un jugement sur l'opportunité de la modification de la codification elle-même et non plus de telle ou telle règle spéciale. De telles propositions peuvent intervenir très rapidement après l'adoption d'un code « administratif ». Par exemple, un colloque s'est tenu il y a quelques années à l'Université de Sceaux (Paris XI) sur le thème « Faut-il recodifier le droit de la consommation ? »⁴². Il s'était seulement écoulé huit ans depuis la codification du droit de la consommation.

Il résulte de ces quelques observations que les docteurs réagissent différemment selon le type de codification, mais cette différence s'explique aisément par cette constatation que, dans un cas, la règle est nouvelle, tandis que, dans un autre cas, elle ne l'est pas, même si sa place dans le corpus a été modifiée. Avant d'arriver au stade de l'étape prospective, il est nécessaire de passer par une phase d'assimilation et d'explication, bref d'exégèse.

2.1 Le regard exégétique

Le regard exégétique s'est manifesté en France au lendemain de la promulgation du Code civil qui, on l'a vu, traduisait une rupture. En effet, selon l'article 7 de la loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français* : « A compter du jour où ces lois seront exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. » La rupture avec l'ancien droit n'était cependant pas toujours complète, car elle dépendait des matières. Si le droit de la famille et le droit successoral étaient presque entièrement nouveaux, irrigués par le principe d'égalité, le droit des obligations empruntait beaucoup à l'histoire, au moins au niveau conceptuel⁴³. Aussi l'exploration du Code se fit-elle, dans certaines branches, dans le texte, mais aussi par référence à l'ancien droit et au droit romain⁴⁴. Néanmoins, le Code était l'objet de l'attention principale, le point de départ de toute réflexion. Il est vrai que selon la loi relative aux écoles de droit, décrétée le 22 ventôse an XII et promulguée le

42. D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2002, n° 15.

43. Pour reprendre l'exemple de la prescription libératoire, le concept a été complètement repris, mais le nombre des prescriptions particulières a été considérablement réduit. Par exemple, la prescription de 100 ans a disparu.

44. Voir, par exemple, J.-B. CARRIER, *Traité des obligations d'après les principes du Code civil, dans lequel on compare ce Code aux Lois romaines, et où l'on démontre sa supériorité sur elles dans tous les points où il s'en est écarté*, Dijon, Bernard-Defay, 1818.

2 germinal suivant, on devait y enseigner : « 1° Le droit civil français, *dans l'ordre établi par le Code civil*, les éléments du droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français. »

Les docteurs ont donc été naturellement poussés, dans un premier temps, à étudier le Code, sans éprouver le besoin d'élaborer en marge de grandes constructions théoriques dans lesquelles les textes viendraient prendre place⁴⁵. C'est que, sans doute, une codification normative comporte en elle-même une dimension doctrinale, plus ou moins importante, qui n'échappe pas à l'attention des docteurs⁴⁶. Si les travaux de ces derniers sont indispensables à la réalisation d'une codification, il n'en demeure pas moins que celle-ci est une œuvre originale enrichie par l'apport de ses auteurs directs⁴⁷. Elle nourrit donc, à son tour, la doctrine, d'où l'exégèse.

Cela dit, les docteurs ne se sont cependant pas considérés prisonniers du Code (civil). Les commentaires ne furent pas serviles, loin s'en faut. Il suffit, par exemple, de se reporter aux ouvrages de Troplong, intitulés, comme il se doit : *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*. Chaque volume était précédé d'une préface, plus ou moins longue, comportant des considérations générales historiques, philosophiques et politiques. Puis, les articles étaient présentés et commentés en mettant en perspective plusieurs opinions, sans attacher d'importance aux repères historiques. Le goût de la controverse était patent⁴⁸, amenant, dans un second temps, à la recherche de principes extérieurs au Code expliquant

45. Voir, par exemple, DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, 2^e éd., Paris, 1835, qui écrivait dans la préface (p. vi) : « Cette analyse [des dispositions de la loi] fera saisir l'ordre de la composition, montrera autant que possible l'origine et le motif de chaque disposition, en fera ressortir les principales conséquences, rattachera, par des comparaisons et des rapprochements, chaque article au système général de la législation, dont il importe surtout de saisir l'ensemble. »

46. Voir l'analyse de J. HÉRON, « Le nouveau Code de procédure civile », dans B. BEIGNIER (dir.), *op. cit.*, note 20, qui évoque le message doctrinal contenu dans la « codification-innovation » ou « codification-crétation ». Le nouveau *Code de procédure civile* comporte une partie préliminaire consacrée aux principes directeurs du procès, à forte valeur doctrinale.

47. Dans son volume consacré à la vente, R.T. TROPLONG, *De la vente*, t. 2, 3^e éd., Paris, Hingray, 1837, n° 3, écrivait : « En me livrant à l'examen consciencieux du Code civil, je ne dissimule pas que j'ai été dominé par l'idée de sa supériorité sur tous les travaux de codification qui l'ont précédé. J'ajouterai même que le droit dont il est l'expression me paraît le plus parfait, le plus digne d'un peuple civilisé qui jamais ait été écrit. » Troplong s'expliquait ensuite en montrant les différentes dimensions philosophiques et morales du droit de la famille et de la propriété.

48. Voir Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *op. cit.*, note 1, p. 90 et suiv.

certaines règles positives particulières se rattachant difficilement à la construction d'ensemble. La codification conduit ainsi les docteurs vers l'élaboration de systèmes censés combler par la suite les lacunes, imperfections et incohérences du Code révélées par l'épreuve du temps. En outre, avec le temps, la dimension doctrinale initiale du Code s'affaiblit et celui-ci n'est plus qu'un instrument de la réalisation du droit, déformé sous l'influence de la jurisprudence appelée à connaître de nouvelles situations imparfaitement réglées par des textes qui n'ont pas été prévus pour les résoudre.

Le droit peut aussi se développer en dehors du Code, qui perd ainsi sa vocation à l'universalisme. En France, au XIX^e siècle, par exemple l'assurance sur la vie a été le fruit d'une construction prétorienne qui pouvait même paraître contraire à la règle *alteri stipulari nemo potest*. Le droit du travail s'est aussi affranchi du Code civil qui, il est vrai, ne comportait qu'une disposition prohibant l'emploi de domestiques et d'ouvriers à perpétuité. La doctrine est ainsi amenée à dépasser les codes existants et à porter un regard prospectif.

2.2 Le regard prospectif

D'une certaine façon, la doctrine « fait vivre » les codes. En effet, les règles qu'ils contiennent demeurent écrites de la même manière, tandis que la société qu'elles sont appelées à réguler change. Il se crée ainsi un décalage plus ou moins important et qui prend un temps plus ou moins long selon l'état de la société. En France, il suffit de constater que lors de l'anniversaire du centenaire du Code civil, son contenu n'avait pratiquement pas changé ; il demeurerait, selon le mot célèbre, la « constitution civile de la France ». Les fêtes du bicentenaire auraient dû, en revanche, marquer son acte de décès, car il ne reste plus qu'environ la moitié des textes d'origine et parmi ceux-ci bon nombre sont inapplicables ou tombés en désuétude et ceux qui subsistent sont interprétés dans un sens souvent incompatible avec celui qui était le leur en 1804. Le Code Napoléon n'est plus, dont acte ; mais le Code civil subsiste, transformé — encore que le mot « transfiguré » serait sans doute plus approprié — sous la conjonction de nombreuses forces, essentiellement la pratique professionnelle (non contentieuse) et la pratique judiciaire, partiellement canalisées par la doctrine⁴⁹, surtout cette dernière d'accès plus facile pour les auteurs. On connaît l'influence, pour ne citer qu'un seul représentant de celle-ci, du doyen Carbonnier, récemment disparu.

49. Voir J. FOYER, « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », JCP, éd. G. 2004, I. 120.

La doctrine est ainsi appelée parfois à préparer les textes des projets de lois destinés à adapter les codes à l'évolution de la société qui intègre aujourd'hui de nombreux facteurs dont certains ne sont plus exclusivement nationaux, comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il faut alors souhaiter que la doctrine se développe et ne se borne pas à de simples commentaires techniques, même s'ils sont nécessaires et utiles, car de son développement dépend certainement celui des codes, facteurs d'unité et de cohésion sociale. Le *Code civil des Français* n'a-t-il pas été qualifié de « constitution civile de la France » ? Il pourrait en être de même d'un « eurocode » civil.